

## جستاری از حقوق مدنی \_ مبیع (بخش پایانی)

---

علیرضا ایمانی<sup>۱</sup>



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



پښتونستان د علومو او انساني مطالعاتو فریښی  
پرتال جامع علومو انسانی

## جستاری از حقوق مدنی \_ مبيع (بخش پایانی)

### الف \_ ذکر آثار تسلیم

بر تسلیم، آثار متفاوتی مترتب است از جمله آنکه، تسلیم از جانب بایع سبب سقوط تعهد وی می‌گردد. در بیع صرف تسلیم شرط صحت عقد است و همچنین سبب سقوط حق حبس و خيار تأخیر ثمن می‌گردد ولی، مهم‌ترین اثر مترتب بر تسلیم انتقال ضمان معاوضی است. در ذیل به بررسی اثر تسلیم در بیع صرف و سپس مهم‌ترین اثر آنکه انتقال ضمان معاوضی است می‌پردازیم:

۱ \_ اثر تسلیم در بیع صرف \_ احاله  
در بررسی بیع صرف در شماره‌های گذشته اثر تسلیم در این بیع به طور مشروح ذکر شد.

### ۲ \_ اثر تسلیم در سقوط حق حبس

همان گونه که در موارد سقوط حق حبس گفتیم تسلیم اختیاری مبيع، باعث سقوط حق حبس می‌گردد و علت آن را اسقاط عملی حق حبس از جانب بایع دانستیم. ماده ۳۷۸ ق.م. در این خصوص تصریح دارد: «اگر بایع قبل از اخذ ثمن، مبيع را به میل خود تسلیم مشتری نماید حق استرداد آن را نخواهد داشت مگر

به موجب فسخ در مورد خیار».

### ۳ - اثر تسلیم در سقوط خیار تأخیر ثمن

وفق ماده ۴۰۲ ق.م «هرگاه مبیع عین خارجی و یا در حکم آن بوده و برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع بین متبایعین اجلی معین نشده باشد اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد بایع مختار در فسخ معامله می‌شود»، بنابراین هرگاه بایع در ظرف سه روز از تاریخ بیع تمام مبیع را تسلیم مشتری کند (یا مشتری ثمن را به بایع بدهد) دیگر برای بایع اختیار فسخ نخواهد بود اگرچه به نحوی از انحاء مبیع به بایع و ثمن به مشتری برگشته باشد (ماده ۴۰۴ ق.م). تسلیم مبیع ظرف سه روز از تاریخ بیع از جانب بایع به معنای امضای عملی بیع می‌باشد و به این ترتیب حق فسخ خود را ساقط نموده است مگر آنکه بتواند خلاف این امر را اثبات کند.

### ب - مهم‌ترین اثر تسلیم - انتقال ضمان معاوضی

#### ۱- تعریف

به واسطه تسلیم (قبض) ضمان از بایع به مشتری نقل می‌شود ۱ قبل از بررسی این انتقال باید دید منظور از ضمان معاوضی چیست؟ مقصود از ضمان معاوضی آن است که هر کدام از متعاقدين در ضمن عقد ملتزم می‌شوند در قبال مالی که دریافت می‌کنند عوض آن را به دیگری بدهند، همچون بایع که در مقابل ثمنی که می‌گیرد اقدام به دادن مبیع به مشتری می‌کند و مشتری در عوض مبیعی (مثنی) که اخذ می‌کند ثمن آن را می‌پردازد. حال که انتقال ضمان از بایع را مشروط به تسلیم مبیع دانسیتم بر این حکم، حکمی دیگر متفرع است و آن این که اگر مبیع قبل از قبض تلف شد ضمانش برعهده بایع است.

## ۲\_ تلف مبیع پیش از قبض

با وجودی که به مجرد عقد بیع انتقال مالکیت مبیع و ثمن صورت می‌گیرد (بند ۱ ماده ۳۶۴ ق.م) ولی هرگاه مبیع پیش از تسلیم بر اثر حادثه‌ای خارجی نزد بایع تلف شود؛ تلف از مال بایع است و وجه آن نیز همان‌طور که ذکر گردید آن است که در اثر تسلیم ضمان معاوضی از عهده فروشنده به خریدار منتقل می‌شود و تا پیش از تسلیم عقد کامل نگردیده است زیرا از لحاظ تحلیلی عقد بیع عبارت است از تملیک عوضین و تعهد به تسلیم آنها. پس، تا تسلیم صورت نپذیرفته عقد تکمیل نگردیده است (بند ۳ و ۴ ماده ۳۶۲ ق.م).

ماده ۳۸۷ ق.م در این مورد اشعار می‌دارد: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود؛ بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد...» نکته‌ای که در اینجا باید ذکر کرد آن است که ضمان معاوضی گاه بعد از تسلیم مبیع نیز ادامه پیدا می‌کند و آن در زمان خیار مختص مشتری یا مشترک بین او اجنبی است.<sup>۱</sup> یعنی اگر در زمان خیار مختص به مشتری مبیع نزد بایع تلف شود یا ناقص گردد؛ تلف و نقص برعهده بایع خواهد بود. این است که ماده ۴۵۳ ق.م در این خصوص مقرر داشته است: «در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود برعهده مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص به عهده بایع است.»

## ۳\_ مستندات ضمان بایع قبل از قبض مبیع

در فقه سه دلیل به شرح زیر برای ضمان ذکر گردیده است:<sup>۲</sup>

۱. شهید ثانی، همان کتاب، ص ۳۳۶.  
۲. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، قواعد فقهیه، ص ۲۹۰ تا ۲۹۴. نشر میعاد، چاپ دوم، ۱۳۷۲؛ محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی)، صص ۱۹۰ و ۱۹۱، مرکز نشر علوم انسانی، چاپ پنجم، ۱۳۷۵، دکتر شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، صص ۱۹۷ و ۱۹۸، ش ۱۵۸ کانون وکلای دادگستری چاپ سوم، ۱۳۷۳.

۳\_ ۱\_ سنت:

شامل حدیث نبوی «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» و روایت عقبه بن خالد که از امام جعفر صادق (ع) می‌پرسد «درباره مردی که کالایی از دیگری خریداری نموده و بیع لازم شده ولی مشتری کالا را نزد فروشنده باقی گذاشته و گفته است ان شاءالله فردا خواهیم آمد و در این فاصله آن کالا به سرقت رفته است از مال چه کسی خواهد بود؟ امام (ع) در پاسخ فرمودند: «از مال صاحب آن کالا که در منزلش بر جای مانده است خواهد بود تا این که آن را به مشتری تحویل دهد و از خانه بیرونش کند، وقتی آن را بیرون کرد دیگر مشتری ضامن حق او خواهد بود تا این که مال او را به او برگردانند».

۳\_ ۲\_ اجماع:

عده‌ای از فقها در موضوع، دعوی اجماع نموده‌اند ولی از آنجا که در خصوص موضوع روایات و نصوص واصل شده؛ لذا اجماع مزبور مستند است و از نظر فقهی ارزش استقلالی ندارد.

۳\_ ۳\_ سیره عقلا:

با توجه و دقت نظر در روش عقلا نتیجه گرفته می‌شود که عقلا در معاملات و معاوضات آنچه می‌دهند بدون عوض نمی‌دهند، بنای آنها بر این است که اگر مژمن دادند ژمن بگیرند و اگر ژمن دادند مژمن بگیرند. حالا هرگاه کالای مورد معامله قبل از قبض مشتری تلف شود چون مشتری در مقابل ژمنی که داده چیزی دریافت ننموده است، مال تالف را از کیسه فروشنده می‌دانند.

۴\_ تحلیل و بررسی قاعده تلف مبیع قبل از قبض

می‌دانیم که به مجرد عقد بیع، انتقال مالکیت مبیع و ژمن صورت می‌پذیرد و آنچه متبادر به ذهن می‌شود آن است که تلف هر مالی باید در ملک مالکش صورت بپذیرد. بنابراین تلف مبیع نیز باید از مال مشتری باشد ولی برخلاف این

تصور هرگاه پس از عقد بیع و قبل از تسلیم، مبیع نزد بایع تلف شود از مال بایع تلف شده نه از ملک مشتری؛ هرچند که مشتری در زمان تحقق تلف مالک مبیع باشد.

پذیرش این تصور که تلف از مال بایع باشد قدری مشکل است، در توجیه این امر قول مشهور فقهای امامیه<sup>۱</sup> این است که عقد بیع حقیقتاً یک لحظه قبل از تلف منفسخ می‌گردد؛ در نتیجه در اثر انفساخ، مبیع به ملکیت بایع برمی‌گردد و در ملکیت او تلف می‌شود هرچند که پذیرش عقلی این نظر اندکی دشوار است ولی با توجه به این که مالکیت از امور اعتباری است، دشواری تصور آن سهل و آسان می‌گردد.

برخی دیگر از اندیشمندان حقوق<sup>۲</sup> نفس تلف را علت برای انفساخ می‌دانند یعنی لحظه تلف، لحظه انفساخ و انحلال عقد هم هست و قهراً تلف از مال بایع واقع می‌شود.

بعضی دیگر، باقی ماندن ضمان معاوضی برعهده بایع قبل از قبض را نتیجه معاوضه ثمن و مبیع و وابستگی تعهدهای دو طرف به یکدیگر می‌دانند<sup>۳</sup> و در توجیه این نظر این‌طور استناد می‌کنند که هدف نهایی از خرید و فروش این است که خریدار در برابر پولی که به فروشنده می‌دهد بتواند بر مبیع دست یابد، انتقال ملکیت به تنهایی این هدف را تأمین نمی‌کند و به همین جهت اگر خریدار بداند که هیچ‌گاه بر مبیع دست نخواهد یافت، حاضر به معامله نمی‌شود در نتیجه همین اراده که خواست مشترک دو طرف است دادن ثمن به فروشنده و تسلط بر

۱. امام خمینی کتاب البیع، ج ۵ ص ۳۸۳، برای دیدن نظر موافق ر.ک سقوط تعهدات دکتر شهیدی ص ۱۹۷ ش ۱۵۸ و برای دیدن نظر مخالف ر.ک قواعد فقهیه، سیدمحمد موسوی بجنوردی، ص ۲۹۲.

۲. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، قواعد فقهیه، ص ۲۹۲.

۳. دکتر کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۱، ص ۱۸۸، ش ۱۳۷.

مبیع به عنوان یک موجود مرکب، به وجود می‌آید و از بین رفتن جزئی از آن جزء دیگری را نیز از بین می‌برد، همین که مبیع تلف شود چون تعهد خریدار به دادن ثمن مبنای خود را از دست داده است عقد از بین می‌رود و ثمن به خریدار بازمی‌گردد بازگشتن ثمن به خریدار در زبان حقوقی به «انفساخ» تعبیر می‌شود و امری استثنایی و خلاف قاعده نیست.<sup>۱</sup>

در تعریف ضمان معاوضی گفتیم که در عقود معاوضی دو التزام متقابل در برابر یکدیگر قرار دارد و عقد معوض ایفای تعهد دوجانبه است اگر یکی از تعهدات انجام نگیرد وجهی برای انجام تعهد دیگر باقی نمی‌ماند و انجام یکجانبه تعهد در اینجا پرداخت ثمن - تحمیلی است بر خریدار و مصداق «اکل مال به باطل» می‌باشد.

#### ۵ - میزان دلالت قاعده تلف مبیع قبل از قبض

سؤالی که مطرح می‌گردد این است که آیا در مبیع خصوصیتی وجود دارد که این قاعده را فقط باید در مورد آن جاری دانست یا آنکه این بحث در خصوص ثمن نیز وجود دارد؟ همچنین آیا این مسأله اختصاص به عقد بیع دارد یا در کلیه عقود معاوضی می‌توان آن را تسری داد؟ در خصوص جریان این قاعده به تلف ثمن شخصی قبل از قبض، برخی از نویسندگان این قاعده را در خصوص تلف ثمن قابل اجرا نمی‌دانند.<sup>۲</sup> و برخی دیگر اجرای آن را خالی از اشکال نمی‌شناسند<sup>۳</sup> و معتقدند با توجه به مستند روایی این قاعده که در خصوص تلف مبیع است باید آن را در مورد خاص خود اجرا نمود.

۱. همان کتاب، ص ۱۸۸، ش ۱۳۷.

۲. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، به کوشش محمدرضا بندرچی، ص ۲۲۸، ش ۱۰۵، انتشارات بحرالعلوم، چاپ اول ۱۳۷۳.

۳. دکتر شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، ص ۱۹۸، ش ۱۵۸.



در مقابل عده‌ای دیگر معتقدند<sup>۱</sup> که این بستگی دارد که ما مدرک قاعده را چه بدانیم؟ اگر مدرک را «مرسله نبوی» بدانیم شامل ثمن نخواهد شد؛ زیرا روایت فقط ناظر به مورد تلف مبیع است. اگر مدرک قاعده را «اجماع» بگیریم از آنجا که «اجماع» در خصوص تلف مبیع است نمی‌توان به غیر از آن تسری داد. اما، اگر مدرک قاعده را «بنای عقلا» دانستیم \_ که البته دلیل عمده است \_ گفته شد که بنای عقلا در معاوضات این است که هر یک از متعاقدین چیزی می‌دهد که به ازاء آن چیزی بگیرد و بنای آنها این است که هیچ یک تملیک مجانی نمی‌کند بلکه در مقابل عوض است و حال اگر کالا قبل از تحویل و تسلیم به طرف مقابل تلف شود آن را به حساب کسی می‌گذارند که قبل از معامله مال او بوده زیرا تملیک ثمن از طرف مقابل با تلف مبیع بدون عوض باقی می‌ماند پس بایع مستحق ثمن نیست و باید آن را مسترد نماید با این تفصیل و بر مبنای عدالت معاوضی خصوصیتی در مبیع وجود ندارد و با وحدت ملاک می‌توان قاعده مزبور را در مورد ثمن شخص نیز جاری دانست.<sup>۲</sup>

برهمن اساس قاعده را به معاملات و معاوضات دیگر نیز (غیربیع) می‌توان تعمیم داد.<sup>۳</sup>

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

۱. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، قواعد فقهیه، ص ۲۹۳.

۲. برای دیدن نظر موافق با جاری بودن قاعده در مورد ثمن شخصی ر.ک. دکتر امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۶۷ \_ حائری شاهباغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی ج ۱، ص ۳۷۹ ذیل شرح ماده ۳۸۷ \_ دکتر کاتوزیان، عقود معین. ج ۱ ص ۱۸۹ ش ۱۳۸ \_ دکتر صفایی، حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲ تعهدات و قراردادهای، ص ۲۹۶ مؤسسه عالی حسابداری ۱۳۵۱ \_ محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی) ص ۱۹۶.

۳. برای دیدن نظر موافق با جاری بودن قاعده در خصوص سایر عقود معاوضی رجوع کنید: دکتر کاتوزیان، عقود معین. ج ۱، ص ۱۸۹، ش ۱۳۸ \_ محقق داماد. قواعد فقه، صص ۱۹۷ و ۱۹۸ و برای دیدن نظر مخالف ر.ک دکتر شهیدی، سقوط تعهدات، ص ۱۹۸. ش ۱۵۸ و دکتر شهیدی جزوه درس حقوق مدنی (۶) دانشگاه شهید بهشتی، ص ۲۵.

## ۶- اثر تراضی در ضمان معاوضی

سؤال این است که آیا طرفین عقد بیع می‌توانند برخلاف ماده ۳۸۷ قانون مدنی تراضی نمایند؟ به بیان دیگر آیا می‌توانند ضمان تلف مبیع قبل از قبض را اسقاط نمایند؟ قضیه اختلافی است.

عده‌ای از نویسندگان و فقها معتقدند که ضمان معاوضی از حقوق قابل اسقاط نیست<sup>۱</sup> در مقابل عده‌ای دیگر از نویسندگان تراضی برخلاف ماده ۳۸۷ قانون مدنی را نافذ می‌دانند زیرا علت انفساخ عقد در اثر تلف مبیع را، ناشی از توافق ضمنی دو طرف و از آثار معاوضه می‌دانند. بنابراین طرفین همیشه می‌توانند برخلاف این وضع که خود ایجاد نموده‌اند با هم توافق کنند.

به نظر می‌رسد اگر بر مبنای معاوضه مقرر شده که هر یک از طرفین در مقابل آنچه می‌دهد چیز دیگر به دست آورد و هیچ کدام قصد تملیک مجانی ندارند طرفین بتوانند برخلاف آن تراضی کنند مانند این که شرط نمایند در صورت تلف مبیع قبل از قبض، تلف از مال مشتری باشد و این با فرضی که مدرک قاعده را «بنای عقلا» که مبتنی بر عدالت معاوضی است دانستیم سازگار می‌نماید.

از طرف دیگر قانونگذار در مقام بیان سکوت نموده، و مستنداً به اصل ۱۶۷ قانون اساسی در موارد سکوت، باید به فتاوی معتبر و کتب معتبر فقهی مراجعه نمود. چنانکه گفته شد فقها معتقدند که ضمان معاوضی از حقوق قابل اسقاط نیست.

## ۷- شرایط اجرای قاعده - ماده ۳۸۷ ق.م

با توجه به ماده ۳۸۷ قانون مدنی برای این که تلف مبیع باعث انفساخ عقد گردد باید:

۷- ۱- مبیع عین معین یا کلی در معین باشد

در مورد مبیع کلی گفتیم که تملیک با تسلیم یا تعیین مصداق حاصل می‌شود.

پس تا زمانی که تسلیم انجام نشده، انتقالی صورت نپذیرفته که مسأله انفساخ عقد و بازگشت ثمن به مشتری مطرح گردد. در این حالت و در صورت تلف مبیع کلی، متعهد ملزم است که فردی دیگر را برای ایفای تعهد جایگزین نماید و آن را تسلیم کند.

#### ۷-۲\_ تلف مبیع قبل از تسلیم به خریدار انجام گرفته باشد

گفتیم به واسطه تسلیم، ضمان معاوضی از بایع به مشتری منتقل می شود و از آن پس تلف از کیسه خریدار می باشد، مگر در موردی که برای خریدار خیار مختص یا مشترک بین او و اجنبی ثابت باشد که در فرض اخیر نیز حتی پس از تسلیم، تلف از مال بایع خواهد بود.

صورت اخیر بر مبنای قاعده «التلف فی زمن الخیار ممن لاخیار له» می باشد، همین قاعده در ماده ۴۵۳ قانون مدنی آمده که خلاف اصول مسلم حقوقی است؛ زیرا با توجه به قانون مدنی و قول مشهور فقهای امامیه در عقود که مشتمل بر خیار است تملک به مجرد عقد حاصل می شود نه به انقضای خیار. ولی با وجود انتقال مالکیت به مشتری در بیع خیاری، در صورتی که مبیع بر اثر یک حادثه خارجی در زمان خیار مختص مشتری از بین برود، این تلف نیز متوجه بایع است هرچند که طبیعتاً با توجه به نقل مالکیت، تلف باید از جیب مشتری باشد نه بایع. مع ذلک قاعده مزبور برخلاف این اصول مقرر شده است.

#### ۷-۳\_ تلف مبیع بدون تقصیر (تعدی و تفریط) بایع صورت گیرد

آنچه از ظاهر عبارت ماده ۳۸۷ ق.م. «... بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف نشود...» و از فتاوی فقها استفاده می شود، آن است که حکم تلف مبیع در موردی جاری می شود که تلف مستند به حادثه سماوی و خارجی باشد.

#### ۷-۴\_ بایع جهت تسلیم مبیع به مشتری یا حاکم رجوع نکرده باشد

با توجه به قسمت اخیر ماده ۳۸۷ قانون مدنی هرگاه بایع برای تسلیم مبیع به

مشتری و یا در اثر خودداری وی به ولی او، یعنی حاکم مراجعه نمود (الحاکم ولی الممتنع) تلف از مال مشتری خواهد بود زیرا در اثر مراجعه، ضمان معاوضی از فروشنده به خریدار منتقل می‌گردد و دیگر مسئولیتی از بابت اتلاف قهری مبیع متوجه بایع نخواهد شد؛ چرا که بایع پس از مراجعه امین محسوب می‌گردد و فقط در صورت تعدی و تفریط ضامن خواهد بود.

#### ۸ \_ معنای تلف در ماده ۳۸۷ ق.م.

منظور از تلف در این ماده از بین رفتن شیء است به گونه‌ای که از مالکیت خارج شود یا شیء به گونه‌ای دگرگون شود که عرف بگوید این شیء تلف شده است؛ مثلاً بعد از عقد بایع قدرت بر تسلیم آن را به واسطه سرقت یا غرق شدن برای همیشه از دست بدهد.

#### ۹ \_ اتلاف مبیع

اکنون که مشخص گردید برای جریان و برقراری قاعده کل مبیع، باید مبیع به علت حوادث قهری تلف گردد بجاست در مورد اتلاف مبیع پیش از قبض نیز تعریضی وجود داشته باشد.

نظر به اینکه اتلاف مبیع ممکن است به وسیله بایع یا مشتری یا شخص ثالث صورت پذیرد به این لحاظ سه حالت مزبور به تفکیک، شایسته بررسی و مذاقه است.

باید یادآور شد که اتلاف در اینجا به معنای اعم خود که شامل تسبیب نیز می‌گردد به کار رفته است.

#### ۹ \_ ۱ \_ اتلاف توسط بایع

هرگاه مبیع توسط بایع تلف شود درباره اثر این تلف بین فقها و نویسندگان حقوق اختلاف وجود دارد.

عده‌ای از فقها<sup>۱</sup> معتقدند اتلاف بایع در حکم تلف و سبب انفساخ معامله است و در توجیه آن دو نظر ذکر گردیده. اول به اطلاق و عموم «تلف» مندرج در قاعده تمسک شده مبنی بر این که میان تلف به وسیله آفات سماوی و یا توسط حیوان و یا انسان تفاوتی وجود ندارد<sup>۲</sup> و دیگر آنکه به صرف تلف، مبیع به ملکیت بایع برمی‌گردد پس ملک خودش را تلف کرده و معنا ندارد بگوییم نسبت به مال خودش ضامن است پس صرفاً قاعده کل مبیع جاری می‌شود<sup>۳</sup> یعنی عقد منفسخ می‌گردد.

از مفهوم مخالف ماده ۳۸۷ قانون مدنی که بیان داشته «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود...» چنین برمی‌آید که هرگاه بایع مبیع را تلف کند بیع منفسخ نمی‌شود.

وانگهی با مراجعه به عرف و عادت عقلا و سیره مسلمانان چنین درمی‌یابیم که آنان در مورد اتلاف عمدی کالا توسط فروشنده، وی را ضامن به پرداخت مثل یا قیمت می‌دانند نه آنکه عقد را منفسخ ببینند و چنانچه این‌طور نمی‌بود راه سوءاستفاده و کلاهبرداری مفتوح می‌گشت، زیرا سوداگران هرگاه پس از انجام معامله با عدم صرفه و صلاح خویش مواجه می‌شوند، مبادرت به مصرف کالا نموده و از این حیث خود را از زیان مصون می‌داشتند در حالی که عرف چنین چیزی را نمی‌پذیرد.<sup>۴</sup>

عده‌ای از فقها با رد انفساخ عقد در اثر اتلاف بایع در این که در این فرض خریدار

۱. شیخ طوسی، المبسوط، ج ۲، ص ۱۱۷، ظاهر محقق حلی شرایع، ج ۲، ص ۱۹ - علامه حلی، تحریر الاحکام ص ۱۷ و بسیاری از فقهای امامیه و عامه. به نقل از دکتر عبدالله کیانی، التزامات بایع و مشتری ص ۲۸۷.

۲. مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۲، ص ۱۸۱ نقل از محقق داماد، قواعد فقه ص ۱۹۹.

۳. موسوی بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیه، ص ۳۰۰.

۴. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، ص ۱۹۸.

حق دارد به عنوان «خيار تعذر تسليم» بيع را فسخ کند يا فقط حق مطالبه بدل مال تالف را دارد اختلاف دارند.

بعضی معتقدند<sup>۱</sup> در اين حالت مشتري مخير است بين مطالبه مثل يا قيمت مبيع و بين فسخ معامله و استرداد ثمن به دليل خيار تعذر تسليم، ولي بعضی ديگر<sup>۲</sup> اعتقاد دارند اختيار فسخ با قاعده لزوم قراردادها منافات دارد. ضرر خريدار به وسيله رجوع او به مثل يا قيمت مبيع جبران می‌شود، پس ديگر دليلی بر امکان فسخ عقد وجود ندارد. برخی از نويسندگان حقوق نیز از اين نظر متابعت نموده و براساس قاعده اتلاف مال غير، بايع را ضامن مثل يا قيمت مبيع دانسته‌اند. امام خميني در كتاب البيع<sup>۳</sup> قائل به وجود خيار فسخ به علت تعذر تسليم مبيع شده است.

قانون مدنی در اين مورد ساکت است ولي با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی می‌توان به نظر آن دسته از فقها استناد کرد که قائل به خيار شده‌اند به خصوص آنکه نظر امام خميني که هم‌اکنون در موارد سکوت قانون مطاع محاکم است نیز چنين می‌باشد، علاوه بر آن با امعان نظر به اينکه در همه موارد دادن بدل باعث جبران زيان خريدار نمی‌شود و در نظر گرفتن خيار برای وی بهتر می‌تواند ضرر وی را جبران کند می‌بينيم که اين قول با قواعد حقوقی که هيچ ضرری نبايد بدون جبران باقی بماند سازگارتر می‌باشد.

#### ۹- ۲- اتلاف توسط خريدار

۱. شهيد ثانی، شرح لمعه، جز، اول ص ۳۲۶ و همچنين علامه، تذکره، ج ۱، ۴۷۴، شهيد ثانی، مسالك، ج ۴، ص ۴۰۴ \_ خوبی و توحيدی، مصباح الفقاهه ج ۷، ص ۵۴۰، نقل از دکتر کيائی، التزامات بايع و مشتري، ص ۲۸۸.

۲. شيخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، جلد متاجر، صص ۱۲۰ و ۱۲۸ نقل از دکتر کاتوزيان، عقود معين، ج ۱، ص ۱۹۶.

۳. امام خميني، كتاب البيع، جلد ۵، ص ۳۸۷.

مشهور فقهای امامیه بر این عقیده‌اند در صورتی که تلف از ناحیه مشتری باشد نفس اتلاف به منزله قبض بوده<sup>۱</sup> و هیچ ضمانی برعهده بایع نیست، بنابراین اتلاف مبیع قبل از قبض به وسیله مشتری خللی به صحت عقد و نفوذ آن وارد نمی‌سازد و به همین جهت چنانچه مشتری ثمن را به بایع نپرداخته باشد باید آن را به او بپردازد.

در تأیید همین نظر ماده ۳۸۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر در مورد دو ماده فوق تلف شدن مبیع یا نقص آن ناشی از عمل مشتری باشد مشتری حقی بر بایع ندارد و باید ثمن را تأدیه کند.»

حکم فوق در جایی است که خریدار عملاً و عامداً مبادرت به اتلاف کالای خریداری شده نموده باشد اما در موردی که از روی جهل، عمل اتلاف از خریداری سر می‌زند باید در این مورد قائل به تفکیک شد که آیا این جهل ناشی از فریب دادن وی توسط فروشنده است یا بدون وجود عنصر فریب خریدار جاهل است. علامه حلی در تذکره می‌گوید: هرگاه خریدار عالم نباشد، مانند اینکه بایع طعام، مبیع، را پیش روی مشتری نهد و چنانکه مرسوم است تعارف کند و آن را بخورد آیا او قابض است یا خیر؟ اقرب آن است که او قابض نیست و این به منزله اتلاف بایع است<sup>۲</sup> خواهیم دید بیان علامه به طور مطلق مورد پذیرش قرار نگرفته است. اما در جایی که مشتری در اتلاف مغرور شده باشد؛ یعنی از جانب فروشنده فریب خورده باشد مانند اینکه وی را مشتبه کرده باشد به این که مالی که وی تلف می‌کند به او هبه شده است یا بر او مباح است، ادعای این که در این حالت خریدار مبیع را قبض نموده منطقی به نظر نمی‌رسد، در نظر بگیریم موردی را که بایع متاع خوردنی را پس از فروش به مشتری به عنوان پذیرایی از او در مقابل او

۱. شهید ثانی، شرح لمعه، جزوه اول، ص ۳۳۶. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۵، ص ۳۸۶.

۲. حلی، جمال‌الدین محمدبن حسن بن المطهر الحلی، معروف به «علامه حلی»، تذکره الفقهاء ج ۱، ص ۵۶۲، منشور المکتبیه مرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، بدون چاپ و تاریخ.

بگذارند و وانمود شود از اموال مغازه است و مشتری آن را تناول کند، در چنین موردی ضمان برعهده بایع است زیرا در فرض ما فروشنده با داشتن قصد فریب سببی است اقوی از مباشر (ماده ۳۳۲ قانون مدنی) ولی اگر عنصر فریبی در کار نباشد مانند موردی که هر دو جاهل به حقیقت باشند تحمیل تلف بر عهده بایع تحمیلی اضافه بروی است که با منطق حقوق سازگار نیست؛ به خصوص این که قبض مبیع عمل حقوقی مستقل نیست و نیازی نیست که با اراده خریدار صورت پذیرد.

### ۹ - ۳ - اتلاف توسط اشخاص ثالث

هرگاه اتلاف مبیع توسط شخص ثالث غیرمعین صورت گرفته باشد مانند این که مال به سرقت رفته باشد، تردیدی وجود ندارد که این عمل در حکم حادثه خارجی بوده و موجب انفساخ عقد است، به خصوص آنکه روایت عتبه بن خالد نیز ناظر به اتلاف توسط اجنبی و به سرقت رفتن مبیع ماقبل قبض می‌باشد، اما در مورد تلف مبیع قبل از قبض توسط شخص ثالث معین، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد.

عده‌ای از فقها معتقدند<sup>۱</sup> در این مورد همانند موردی که مبیع به آفت سماوی تلف می‌گردد عقد بیع منفسخ می‌شود. برخی برآنند که در این مورد مشتری مخیر است بین فسخ و استرجاع ثمن از بایع و بین این که معامله را باقی گذاشته و مثل یا قیمت مبیع را از متلف مطالبه کند<sup>۲</sup> قول سوم آن است که مشتری صرفاً می‌تواند برای اخذ بدل به ثالث رجوع کند<sup>۳</sup> (از باب قاعده اتلاف مال غیر).

ظاهر آن است که با توجه به اطلاق روایت عتبه بن خالد که مستند روایی قاعده

۱. محقق کرکی در جامع المقاصد، ج ۴، ص ۴۰۳، صاحب جواهر، ج ۲۳ ص ۱۵۷، نقل از دکتر

کیائی، التزامات بایع و مشتری، ص ۲۹۰.

۲. شهید ثانی، روضةالبهیه (شرح لمعه) جزء اول، ص ۳۳۶.

۳. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی)، ص ۲۰۱.



تلف مبیع قبل از قبض است بتوان گفت تلف توسط شخص ثالث موجب انفساخ عقد می‌گردد زیرا در آن روایت اتلاف توسط شخص اجنبی مورد سؤال از امام (ع) است. راوی در آن حدیث پرسیده است مال قبل از قبض به سرقت رفته از مال چه کسی است؟ حضرت امام (ع) در پاسخ فرموده است: «از مال صاحب متاع<sup>۱</sup>». همچنین به علت تلف مبیع و تعذر تسلیم می‌توان گفت که مشتری مخیر است بین رجوع به اجنبی برای اخذ بدل؛ چون مال وی را تلف کرده است، و هرکس مال دیگری را تلف کند ضامن است و بین فسخ و رجوع به بایع برای استرداد ثمن از این جهت که در اثر تلف مبیع، تسلیم آن متعذر گشته است فلذا برای مشتری خیار تعذر تسلیم به وجود می‌آید.<sup>۲</sup>

به نظر می‌رسد با توجه به اصل لزوم قراردادها (ماده ۲۱۹ ق.م) که انفساخ و فسخ برخلاف این اصل است و این که ضرر مشتری با رجوع به ثالث متلف جبران می‌شود در جهت استحکام عقد گزینش قول مراجعه مشتری به شخص ثالث، تلف کننده برای اخذ بدل بیشتر با قواعد حقوقی سازگار است.

#### ۱۰- آثار تلف مبیع قبل از قبض

با حصول تلف مبیع قبل از قبض اثراتی به شرح ذیل به آن مترتب می‌گردد:

۱- پس از وقوع تلف، بیع منفسخ می‌شود و نتیجه آن این است که بایع باید ثمن را به مشتری مسترد کند و اگر مشتری ثمن را نپرداخته نیازی به پرداخت ندارد.

۲- نمائات و منافع منفصله از زمان عقد تا هنگام تلف متعلق مشتری می‌باشد زیرا به مجرد عقد وی مالک مبیع است و منافع نیز به تبع عین از آن مالک

۱. برای دیدن نظر موافق با این قول رجوع کنید. محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)، ص ۲۰۲.

۲. برای دیدن نظر موافق با قول مزبور رجوع کنید دکتر کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۱، ص ۱۹۸، ش ۱۴۵.

می‌باشد. بنابراین اگر کسیتعدادی میش از فردی بخرد و تا قبل از قبض آن گوسفندان تعدادی بره بزیاند و به طریقی فقط گوسفندان تلف شوند بره‌ها سالم بمانند بایع مکلف است علاوه بر پس دادن ثمن \_ در صورتی که ثمن از جانب خریدار پرداخت شده باشد \_ بره‌ها را نیز به خریدار بدهد زیرا آنها در ملک خریدار ایجاد گردیده‌اند.

### ۱۱ \_ نقص و عیب مبیع قبل از قبض

راجع به قاعده تلف مبیع گفته شد که تلف کل مبیع قبل از قبض سبب انفساخ بیع و استرداد ثمن به مشتری می‌گردد ولی اگر بعض از مبیع پیش از تسلیم ناقص شود یا معیب گردد آیا این قاعده جاری خواهد بود؟ یا برای جبران خسارت مشتری طریق دیگر وجود دارد؟

در موضوع مانحن فیه ماده ۳۸۸ ق.م. به مشتری حق داده که معامله را فسخ کند که البته در اینجا دو فرض قابل تصور است.

#### ۱ - ۱ \_ موردیکه مبیع تجزیه پذیر باشد:

یعنی در مقابل جزء تالف بخشی از ثمن قرار گیرد که در این صورت عقد واحد به اعتبار اجزاء مبیع به دو عقد منحل می‌گردد:

۱ \_ عقدی که ناظر به بخش تلف شده است، بر طبق قاعده کلی منفسخ می‌گردد و آن بخش از ثمن که در مقابل بخش تالف قرار می‌گیرد به خریدار مسترد می‌شود.

۲ \_ عقد ناظر به بعض موجود صحیح، ولی برای خریدار خیار تبض صفقه به وجود می‌آید که به موجب آن حق خواهد داشت بیع را منفسخ و تمام ثمن را مسترد نماید و می‌تواند ثمن را تقسیط نموده نسبت به جزء تالف، ثمن را چنانچه تأدیه نموده مسترد دارد و اگر تأدیه نکرده باشد تنها به نسبت موجود به بایع بپردازد.

۱۱\_ ۲\_ موردی که مبیع قابل تجزیه نباشد:

یعنی در مقابل جزء تالف قسطی از ثمن قرار نگیرد در این حالت مشتری می‌تواند معامله را فسخ کند و ثمن را در صورتی که پرداخته باشد مسترد نماید.

۱۲\_ بررسی وجود یا عدم وجود تعارض بین دو ماده ۳۸۸ و ۴۲۵ ق.م

ماده ۳۸۸ قانون مدنی می‌گوید: «اگر قبل از تسلیم در مبیع نقضی حاصل شود مشتری حق دارد که معامله را فسخ نماید» ماده ۴۲۵ قانون مدنی مقرر داشته که: «عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض در مبیع حادث شود در حکم عیب سابق است».

در مورد عیبی که در زمان عقد در مبیع وجود داشته باشد، قانونگذار در ماده ۴۲۲ قانون مدنی به خریدار حق داده است که معامله را فسخ کند یا مبیع را با همان عیوب بپذیرد و تفاوت قیمت صحیح و معیب را که اصطلاحاً «ارش» نامیده می‌شود را بگیرد.

با نگاه اول به دو ماده ۳۸۸ و ۴۲۵ قانون مدنی این طور به نظر می‌رسد که از نظر قانون مدنی بین نقص مبیع قبل از قبض و عیب مبیع قبل از قبض تفاوت وجود دارد، بین فقها در امکان امضاء بیع و گرفتن ارش راجع به نقص مبیع قبل از قبض اختلاف است<sup>۱</sup> و قانون مدنی در ماده ۳۸۸ در این حالت، در خصوص خیار مشتری تصریح دارد ولی در این که مشتری می‌تواند در صورت امضاء درخواست ارش نماید چیزی بیان نکرده است. بنابر قاعده «الجمع مهم‌امکن اولی من الطرح» باید به دنبال راه جمع و رفع تعارض گشت.

---

۱. علامه می‌گوید در ارش نظر است، صاحب ایضاح الفوائد می‌گوید که در این مورد ضمان ارش اظهار است صاحب مکاسب بیان می‌کند که ظاهر شرایط عدم ارش است علامه در تذکره ضمن نقل دو نظر مزبور از فقهای امامیه اضافه می‌نماید اقوی این است که می‌تواند در صورت امضای عقد ارش بخواهد. نقل از دکتر کیانی، عبدالله، التزامات بایع و مشتری، پاورقی ص ۲۹۹.

نقص در لغت به معنای کم شدن، کاستن، عیب داشتن و عیب آورده شده<sup>۱</sup> و در اصطلاح حقوقی به معنای از بین بردن صفت کمال یک مال<sup>۲</sup> و تلف جزء<sup>۳</sup> آمده است.

عیب در لغت به معنای بدی، نقص و نقصان است<sup>۴</sup> و در اصطلاح عبارتست از زیاده و نقیصه‌ای که در مال باشد؛ به طوری که مصادیق آن مال، آن نقیصه یا زیاده را دارا نباشند<sup>۵</sup> و تغییر وضعیت در تمام یا قسمتی از مبیع.

از نظر لغوی هر دو اصطلاح در معنای یکدیگر به کار رفته‌اند و از لحاظ حقوقی نیز به نظر نویسندگان در جدا کردن معنای این دو اصطلاح خود را به تکلف انداخته‌اند چرا که زایل شدن صفت کمال و تلف جزء در عرف عیب محسوب می‌شود و معنای ارائه شده برای عیب شامل نقص نیز می‌گردد به خصوص آنکه ماده ۴۲۶ ق.م مقرر کرده: «تشخیص عیب برحسب عرف و عادت می‌شود و بنابراین ممکن است برحسب ازمنه و امکانه مختلف شود» با ملاک از این ماده در مورد نقص نیز معیار عرف باید مطمئن نظر قرار گیرد؛ بنابراین ارائه تعریف مشخص از این دو اصطلاح خالی از مسامحه نیست.

به نظر می‌رسد بین عیب و نقص عموم و خصوص من وجه وجود داشته باشد؛ بنابراین تشخیص این که در مبیع عیب یا نقص وجود دارد کار ساده‌ای نیست و این دو مفهوم را نمی‌توان به طور کامل از یکدیگر جدا نمود.

با توجه به اختلاف نظر فقها در اخذ ارش در مورد نقص مبیع قبل از قبض و تفصیل بیان شده در فوق به نظر ماده ۳۸۸ نیز در مقام بیان این امر بوده که در

۱. دکتر معین، محمد فرهنگ فارسی، ج ۴، ص ۴۷۹۲.

۲. دکتر جعفر لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۷۲۰، اصطلاح ۵۷۸۸.

۳. دکتر شهیدی، مهدی، جزوه حقوق مدنی ۶.

۴. دکتر معین، محمد، فرهنگ فارسی، ج ۲، ص ۲۳۶۸.

۵. دکتر لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۸۲، اصطلاح ۳۸۵۶.

صورت وقوع نقص در مبیع قبل از قبض حکم به انفساخ نمی شود و خریدار حق فسخ خواهد داشت یعنی نفوذ عقد را منوط به اراده مشتری نموده و این امر مابینتی با اخذ ارش ندارد.

قطع نظر از این، اصل لزوم قراردادهای بقای قرارداد را بر زوال آن ترجیح می دهد و اخذ ارش نیز باعث استحکام قرارداد می شود.

### ۱۳ - تلف منافع و نمائات قبل از قبض

در آثار تلف مبیع قبل از قبض گفتیم که منافع و نمائات منفصله از زمان عقد تا موقع تلف متعلق به خریدار است زیرا این منافع در ملک وی ایجاد شده است، در این مدت منافع حاصله در ید بایع امانت بوده و چنانچه بدون تعدی و تفریط از جانب بایع تلف شود ضمانی برعهده وی نخواهد بود.

